18





POR DON IOSEPH MALDONADO DE SAAVEDRA, *EN EL PLEYTO* CON DOÑA YSABEL, Y DOñA ANTONIA MALDONADO, HERMANAS, *SOBRE* EL DERECHO, Y SVCESSION del Mayorazgo que fundaron Iuan Gallegos Maldonado, Veintiquatro que fue de la Ciudad de Sevilla, y Doña Leonor de Saavedra su muger.

1 VPVESTA la escriptura de fundacion del Mayorazgo que fundaron Iuan Gallegos Maldonado, Veintiquatro de Sevilla, y Doña Leonor de Saavedra su muger, en favor de Melchor Maldonado su hijo mayor: se ha puesto en controversia, y pleyto, si muriendo sin hijo varon Don Diego Bernardino Maldonado, que es bisnieto por linea recta

primogenita de varon dicho Melchor Maldonado, y quarto, y vltimo posseedor deste Mayorazgo, tocarà la sucession del a sus hijas, o a Don Ioseph Maldonado, nieto del dicho Melchor Maldonado, y hijo de Don Melchor Maldonado su segundo hijo?

2 Por parte de las hijas del dicho Don Diego Bernardino, vltimo posseedor, parece que haze. Lo primero, el ser de la linea primogenita, y efectiva del primer llamado, y mientras esta no se acaba, no puede passar la sucession a los de la otra linea del hijo segundo del primer llamado de donde es el dicho Don Ioseph, ex cap. 1. de nat. fœud. Molin. de primog. lib. 3. cap. 6. num. 30. D. Valenç. consil. 97. num. 11. & 12. & DD. passim.

2 Lo segundo, hazen las clausulas tercera, y quarta de la fundacion deste Mayorazgo, donde aviendo llamado al hijo varon del dicho Melchor Maldonado, el que èl nombrâre, o si no el mayor, despues del llaman *a sus hijos, y descendientes*; en las quales palabras se incluyen las hembras. l. fin. C. de suis, & legit. latè Fussar. de substit. quæst. 311. à num. 1.

3 Lo tercero, haze la ley 13. tit. lib. 5. Recop. q̃ dispone, que para que las hembras sean excluidas de la sucession de los Mayorazgos, es necessario tengan en ellos expressa, y literal exclusion; y asi siempre en duda deven ser admitidas. Molin. lib. 3. cap. 4. per tot. ad num. 37.

4 Y esto procede aunque en la fundacion aya clausula que diga (como en este Mayorazgo la ay) que los varones seã siempre preferidos a las hembras, porque se entiende siendo de vna mesma linea, y grado. D. Molin. de primog. lib. 3. cap. 5. num. 71. & cap. 8. num. 8. Fontan. decis. 35. num. 11. Burg. de Paz in proœm. l. Tauri. num. 120.

5 Lo quarto, haze en favor de las dichas hijas las clausulas quinze, y treinta y cinco de la fundacion deste Mayorazgo, que en caso de morir el vltimo posseedor sin hijo varõ, y dexando hijas, llama a el tio de ellas, hermano del tal posseedor,

ſeedor, y a ſu hijo varon. Luego en eſte caſo eſtà excluido Don Ioſeph Maldonado, pues no es tal hermano, ni hijo del; ex argumento à contrario ſenſu. l. 1. §. Huius rei. ff. de offic. eius.

6 Y porque la dicha ſubſtitucion hecha del hermano, o ſobrino del vltimo poſſeedor, no ſe puede extender a otra perſona qual es Don Ioſeph Maldonado, que es tio ſegundo, ex doctr. Gloſſ. in l. Titius. ff. de liber. & poſt. & traditis per Fuſſar de ſubſt. q. 458. à num. 1.

Sed his nihil obſtantibus, en eſte caſo es muy ſeguro, y claro el derecho, y ſuceſsion de Don Ioſeph Maldonado en eſte Mayorazgo, con excluſion de las hijas del vltimo poſſeedor.

7 Para cuya prueba veaſe en primer lugar el conſejo 113. del ſeñor Preſidente Valençuela Velazquez, que por ſer en los terminos deſte caſo, y aun mas eſtrechos, y de Doctor tan grave, y eſcripto tan de propoſito, y a el propoſito como del ſe vee, nos podia bien eſcuſar de eſcrevir en eſte caſo; y ſolo porque en èl ay clauſulas mas claras, y expreſſas en favor de la agnacion, y varonia, y del dicho Don Ioſeph, me ha parecido ponderarlas aqui. Y para hazerlo con mas claridad, dividirè eſte diſcurſo en dos partes.

8 En la primera ſe manifeſtarà, como eſte Mayorazgo es de agnacion, y varonia, no abſoluta, y perpetua, ſino mientras huviere agnados varones, y que aſsi por ſerlo Don Ioſeph Maldonado, le toca la ſuceſsion, y no a las hijas del vltimo poſſeedor.

9 Y en la ſegunda parte ſe probarà, que demas de la razon general de varon agnado, tiene Don Ioſeph llamamiento claro, y expreſſo en dos clauſulas deſte Mayorazgo, con excluſion de las hembras: y ſe reſponderà a los fundamentos contrarios.

PRIME-

10 LO principal en que consiste la verdadera, y clara resolucion de este caso, y justicia de Don Ioseph Maldonado, es en conocer en primer lugar la naturaleza deste Mayorazgo, segun su fundacion; si es regular en que se sucede conforme a la sucesion en el Reyno, segun la ley 2. tit. 25. p. 2. iunctis traditis per D. Molin. lib. 1. de primog. cap. 2. & 3. per totum?

11 O si es de agnacion, y varonia? Pues mientras esto no se conoce, y distingue, se suelen aplicar las doctrinas de vnos Mayorazgos a otros (como en este caso parece ha sucedido) y causar confusion. Observat in proprijs terminis Molin. lib. 3. cap. 8. num. 9. *Prout aliqui terminos æquivocantes facere solent.* La qual si en todas materias se deve evitar para el asiento, mucho mas en esta de Mayorazgos, que por ser tan ambiciosa facilmente se convierte en dudas, y pleytos en detrimento de la verdad, y justicia.

12 Para conocer pues la naturaleza deste Mayorazgo, no se ha de mirar solo vna, o otra clausula, sino todo el tenor, y serie de la fundacion l. si servus plurium. §. fin. ff. de leg. 1. l. Mœvia. ff. de manum. test. cap. 1. ibi: *Propter tenorem investituræ,* de duob. fratr. in vsib. fœudor. Mantic. de con ect. lib. 6. tit. 13. ex num. 1. Surd. cons. 554. num. 41. & satis in proposito lo advierte Burg. de Paz in procemio. ll. Taur. nu. 126. his verbis. *Ideoque cum inter masculum, & fæminam hisce Maioratibus controversatur (vt plerumque contingit) illud in hac re velim observes, vt dispositionis verba à capite ad finem vsque expendas, vt dispositionis percipias voluntatem, & à quo masculo fæminam repelli, sit stabilitum, an à remotiori in gradu, vel ne? Et in quo casu, & huc illucque totam discurre dispositionem.*

13 Mirado pues todo el tenor, y serie de la fundacion deste Mayorazgo, manifiesta, clara, y evidentemente que no es regular, sino de agnacion, y varonia, no absoluta, y perpetua,

tua, sino temporal, y limitada mientras huviere agnados varones descendientes de los fundadores (omito aora el que tambien es electivo con facultad de elegir entre los varones, porque esto no haze a el punto que se trata) y despues a falta de todos ellos, por entrar llamadas las hembras, dexara de ser de agnacion, y varonia. Esta diferencia, o dos especies de Mayorazgos de agnacion, y varonia perpetua, o temporal, y limitada, mientras ay agnados varones, reconocen, y asientan los Doctores; vt constat ex latê adductis per D. Ioan. del Castill. lib. 5. controv. cap. 92. num. 4. & seqq. & num. 14. Lara de vit. hom. cap. 30. ex num. 96. D. Larrea decis. 53. num. 26. & est de mente D. Molin. de primog. lib. 3. cap. 5. num. 5. vers. *Secundo quod*, vbi Add.

14 Que sea este Mayorazgo de agnacion, y varonia mientras huviere agnados varones descendientes de los fundadores, se manifiesta por muchas clausulas, y razones de la fundacion, que son todas, o casi todas las que los Doctores consideran, y señalan.

Primera, por hallarse la calidad de varones tan muchissimas vezes repetida, y requerida en los llamamientos de la fundacion, sin que entre ellos (mientras huviere agnados varones) se halle alguno de hembras, sino antes excluidas. Es prueba de que los fundadores miraron a conservar su agnacion, y varonia mientras pudieron; ex plurimis Rot. apud Greg. 15. decis. 514. num. 9. Sperel. decis. 151. num. 25. D Valenç. d. cons. 113. num. 82 Fussar. de subst. q. 311. num. 63. & q. 499. à num. 15.

15 Y la repeticiõ de la masculinidad muchas vezes puesta, es tan fuerte, que ella sola basta para inducir agnacion, y varonia, segun la mas comun, y recebida sentencia; vt per Fussar. sup. Casan. consil. 4. num. 234. Ioseph Rust. ad l. cum accus. ff. de condic. & demonst. lib. 6. cap. 16. num. 19. 20. & 32. & lib. 4. cap. 2. ex num. 14. Franc Molin. de rit. nupt. lib. 3. q. 24. num. 200. & seq. D. Ioan. del Castill. tom. 2. controv. cap. 4. num. 83. & tom. 5. cap. 92. num. 2. Y segun ella se ha

juzgado muchas vezes en el Cõsejo Supremo. Addent. ad Molin. lib. 3. de primog. num. 25. D. Larrea decis. 54. num. 10. & 11. donde en terminos mas estrechos refiere averse juzgado en favor de la agnacion, y varonia.

16 Y aunque la opinion contraria que tiene, que por sola la repeticion de la masculinidad no se deduce Mayorazgo de agnacion, sino de varonia: esto es, que solo requiere, y llama el sexo de varones, aunque sean de hembras; ex Fulg. Lup. Albens. adductis per Addent. ad Molin. d. cap. 5. ex num. 25. ad 30. D. Ioan. del Castillo tom. 6. controv. cap. 129. num. 40. & seqq. No excluye en este caso el intento, y sucesion de Don Ioseph Maldonado, sino antes le favorece tambien, pues se halla con la dicha calidad de varon; y esto le bastava segun la dicha opinion contraria, para suceder en este Mayorazgo con exclusion de las hembras. Lo cierto es, que no puede entrar esta opinion contraria en este Mayorazgo, por ser de agnacion, y varonia sin controversia alguna, por concurrir las razones que se siguen.

17 Segunda, porque no solo se halla tantas vezes repetida la masculinidad en los llamamientos, sino que todos ellos van buscando varones de otras lineas, prefiriendolos a las hijas del primogenito, y primer llamado, y translineando, no vna sino muchas vezes para buscar varones, como consta de las clausulas quinta, y sexta, y las siguientes, y la quinze. D. Valenç. d. cons. 113. num. 8. & 9. D. Larrea decis. 53. num. 9. & 10. D. Ioan. del Castill. tom. 2. controv. cap. 4. num. 92. vbi ex Riminal. & alijs; quod ex hoc securè probatur agnatio, & pluribus Fontanel. decis. 56. num. 6.

18 Y este fundamento se haze mas fuerte en este Mayorazgo, por auer excluido las hijas de la linea primogenita, por los varones de otras lineas que aun no estavan nacidos, como consta de la clausula octava, donde los fundadores llaman a qualesquier hijos varones que tuviessen, y a sus hijos varones, excluyendo por ellos expressamente a las hijas del primogenito: y asi no siendo entonces nacidos, no pu-

do

do caer en ellos otro afecto que el de la agnacion, y varonia. D. Molin. lib. 3. de primog. cap. 5. num. 52. vbi *Summè notandum esse dicit*, ex multis Fussar. de substit. quæst. 499. num. 24. in fin. D. Ioan. del Castill. d. cap. 4. num. 83. vbi *indubitatum esse affirmat*.

19 Y asi este solo fundamento de aver los fundadores excluido las hijas de la linea primogenita por los varones de otras lineas, es tan fuerte, que por el solo està resuelto este caso en proprios terminos en favor del tio, con exclusion de las hijas del vltimo posseedor, ex Cap. vnic. de eo qui sibi & hered. suis; ex Paul. Castr. consil. 300. vol. 2. & alijs Greg. Lop. in l. 3. tit. 13. p. 6. Gloss. mag. col. 7. vers. *Et nota*, & vers. *Si verò*. Burg. de Paz in proœm. ll. Taur. num. 123. Ioan. Garc. de nobilit. in d. num. 32. Molin. lib. 3. de primog. cap. 8. num. 7. & 8. donde dize, que este caso es indubitable, vbi Addent. cum plurimis.

20 Y la razon especifica (demas de la general de la conservacion de la agnacion) es mas clara, y evidente en este caso: pues si los varones de otras lineas que estàn llamados a falta de los varones de la linea contentiva de Melchor Maldonado primogenito, excluyen las hembras de la linea primogenita; mucho mas estàn estas excluidas por qualquier varon de la dicha linea contentiva del primer llamado, no solo por la regla, *Si vinco vincentem te*. l. cum de accessionibus. ff. de divers. & tempor. D. Valenç. d. cons. 113. num. 38.

21 Por militar la misma razon de vencer, o ser por el mismo genero de vencer. D. Ioan. del Castillo lib. 3. controv. cap. 30. num. 3. y 4.

22 Sino tambien porque las hembras en este Mayorazgo vienen a estar substituidas, no solo a los immediatos varones hijos de Francisco Maldonado, hijo segundo, sino a los del grado anterior de la linea contentiva del primogenito. Y asi es claro que no puede entrar el llamamiento de las hembras si no es faltando los vnos, y los otros. l. quandiu

insti-

institutus. ff. de adquir. hæred. vbi Bartol. l. cohęred. vbi & DD. ff. de vulg. Menoch. conſ. 106. ex num. 366. lib. 2.

23 Y porque ſi las hijas del primogenito eſtàn excluidas en eſte Mayorazgo por los varones de otras lineas; quanto mas eſtân, y deven ſer excluidas las biſnietas, o rebiſnietas del primogenito por el varon de ſu miſma linea contentiva, qual es Don Ioſeph Maldonado (nieto ſuyo, hijo de ſu hijo ſegundo) vt plurimis iuris rationibus Andr. Sicul. inter conſ. Alex. conſil. 52. per tot. vol. 4. & ex alijs D. Valenç. d. conſ. 113. à num. 21. & 39. vbi num. 22. bien a nueſtro propoſito dize: *Quod ſecurem ponit ad arborem, quod exiſtentibus prædictis patruus non excluditur per exiſtentiam neptis*. Cum Cur. iun Socin. & ex Oldra. conſ. 141. & cum Molin. Pelaez, Baeça, Menoch. & cum alijs D. Ioan. del Caſtill. lib. 2. cap. 4. num. 15. & ſeqq.

24 Tercera, por tener las hembras diſcreto, y ſeparado llamamiento deſpues de todos los varones, como conſta de las clauſulas ſexta, ſeptima, y octava: ſe manifieſta que no quedaron comprehendidas en los llamamientos antecedentes, y que eſtos miraron a ſolos los varones. l. cum in teſtamento. §. Qui tres filios. ff. de hęred. inſt. D. Molin. lib. 3. cap. 5. num. 55. vbi Addent. & pluribus D. Larrea deciſ. 54. num. 15. Rot. penes Rub. deciſ. 215. num. 3.

25 Quarta, concurre en eſte Mayorazgo para tenerſe por de agnacion, y varonia, el llamar ſiempre a los hijos varones de legitimo matrimonio, excluyendo los naturales: conſta de las clauſulas tercera, y de todas, de la qual ſe deduce la razon de conſervar la agnacion; vt multis Fuſſar. d. q. 499. num. 27.

26 Quinta, y tambien de aver excluido los Clerigos, y Religioſos, como conſta de las clauſulas veinte y tres, y veinte y ſiete, ſe deduce la meſma razon de la agnacion. Fuſſar. d. q. 499. num. 26. & q. 480. num. 13. Caſan. conſ. 20. num. 37. Ruſt, ad l. cum avus. lib. 4. cap. 2. num. 33. D. Ioan. del Caſtil. tom. 5. controv. cap. 89. num. 65. & 66.

Sexta,

27 Sexta, como tambien por aver puesto la carga de tener el nombre en la clauſ. 16. ex l. cum filius. §. Pater. ff. de leg. 2. Y las armas, ex l. Quintus. §. Ad auctoritatem. ff. de ann. legat. & alijs iuribus Burgos de Paz in proœm. ll. Taur. num. 22. & 23. Fuſſar. d. q. 499. num. 13. Lara de vit. hom. cap. 30. num. 96.

28 Septima, y vltimamente parecen ſuperfluas tantas razones, quando por palabras expreſſas, y claras, y por regla general lo nombraron, y diſpuſieron los fundadores en eſte Mayorazgo; pues en la clauſula octava, aviendo llamado a los hijos varones que Dios les dieſſe, y a los hijos de ellos dizen; *Y por eſta via, y orden ſucedan todos los otros nueſtros hijos varones que de noſotros quedaren de vno en otro, haſta que ſea excluida toda la linea de los varones.*

29 Donde ſe vè, que no pudieron explicar mas claramente ſu voluntad de hazer eſte Mayorazgo de agnacion, y varonia mientras huvieſſe varones; pues aquellas palabras de *vno en otro* inducen ſubſtitucion ſuccesſiva en ellos; ex latè adductis per D. Ioan. del Caſtill. tom. 5. controver. cap. cap. 89. num. 55. Y ſon las mas fuertes, y eficaces para inducir la agnacion. Molin. lib. 2. de primog. cap. 14. in prin. Seſſ. deciſ. 234. num. 119. D. Larrea deciſ. 34. num. 1. Conque eſta inteligencia, o calidad de varonia viene a ſer expreſſa, y literal en eſte Mayorazgo.

30 Y donde los fundadores ſe declararon tanto no ay neceſſidad de andar buſcando conjecturas, ni otra declaracion de ley, o de hombre. Bald. in auth. niſi rogatus, col. 2. C. ad Trebell. Alex. Raud. de analog. & æqui. lib. 1. cap. 15. num. 335.

31 Pues es mas fuerte la diſpoſicion del teſtador, que la de la ley. Mantic. lib. 8. de coniect. tit. 17. num. 20. Lara de vit. hom. cap. 30. num. 90.

32 Y lo miſmo manifeſtaron en la clauſula 27. ibi: *E faltando varones, lo que Dios no quiera, y ſucediendo muger*

deſcendiente de vos. Y es digna de notar la palabra de exclamacion, *lo que Dios no quiera*, que denota mas el afecto, y predileccion a la agnacion, y varonia.

33 Y aviendo conſtituido en la dicha clauſula octava, por regla general la linea de varones, ella ſola baſtava para ſer eſte Mayorazgo de agnacion, y varonia. l. 3. §. Filius. ff. de liber. & poſt. Greg. in l. 3. tit. 13. p. 6. Gloſſ. magna, col. 8. verſ. *Sed quod.* Molin. d. l. 3. cap. 5. num. 62. & 69. vbi Addent. & plurimis Fuſſar. de ſubſtit. q. 346. ex num. 12. & q. 403. num. 37. Sperell. deciſ. 152. num. 101. D. Ioan. del Caſtill. d. cap. 4. num. 72.

34 Y la calidad de varones puesta, por regla general en qualquiera parte que ſe ponga al principio, o medio, o a el fin de la fundacion, influye en todas las ſubſtituciones della, excluyendo las hembras mientras huviere varones. Greg. in l. 3. tit. 13. q. 6. Gloſſ. magn. verſ. *Sed quid ſi fæmina.* Ioann. Garc. de nobil. in diviſ. oper. num. 52. & ſeqq. & facit textus in l. quæ conditio. ff. de condit. & demonſtr.

35 Y ſe tiene por repetida en cada clauſula, o llamamiento; ex multis Fuſſar. d. q. 403. num. 37. Ex vi comprehenſiva, y no repetitiva de la maſculinidad. D. Caſtill. ſup. num. 73.

36 Y lo que por regla general ſe diſpone, es expreſſo en la fundacion. l. Lutius, vbi Gloſſ. verbo, *Non ad matrem.* ff. de vulg. & pupil. l. in lege. ff. locat. Gloſſ. fin. in l. precibus. C. de impub. & alijs, vbi DD. Molin. lib. 1. cap. 17. num. 28.

37 Contra todo lo qual no puede obſtar el dezir, que por aver los fundadores llamado hembras en eſte Mayorazgo, ſe excluye del la razon de conſervar la agnacion, y varonia, como parece lo nota el ſeñor Molin. d. cap. 5. num. Porque eſto procede quando entre los varones ſe llama tambien algunas hembras, pero no quando ſon llamadas a falta de todos los varones, como en eſte Mayorazgo, que entonces no excluye ſer de agnacion mientras los huviere, como lo ſiente el meſmo D. Molin. d. cap. 5. num. 50. y lo

expli-

explica su Addicion.ibi,& ex Anchar.cons. 359. Peregr. de fideicom.art.25.num.26.Lar.de vit.hom. d. cap. 30. num. 96.& 114.& plurimis Fussar.d.q.499.num.24.

38 Antes por llamar las hembras a falta de los varones, firma mas ser de agnacion mientras los huviere. D. Larrea d.decis.53.num 26.& D.Ioan.del Castill.d.lib.2.cap. 5. nu. 128.& cap.22.num.60.

39 Y todos constituyen vna linea, aunque sean de otras transversales, y hasta que se acabe no puede suceder hembra alguna, cap.1. §.Filia de succes.fœud.D.Ioan.del Castill. tom 5.controv.cap.93.num.19.

40 Siendo pues innegable que este Mayorazgo es de agnacion, y varonia limitada hasta que falten los varones, se deducen dos efectos tambien innegables.

41 El vno, que en el llamamiento de hijo mayor varon de Melchor Maldonado, y de sus hijos, y descendientes contenido en la clausula quarta en aquellas palabras, *hijos, y descẽdientes*, aunque alias sean aptas a comprehender varones, y hembras, en este Mayorazgo de agnacion no las comprehenden, sino solo se han de entẽder de los varones.l.3. §.Filius. ff.de lib.& post. D. Molin.d.cap.5.num. 38. & seqq. & nu.62. vbi Addent.cum Fussar.&Castill. D.Franc.de Leon decis.Valen.170.num.15.D.Larrea decis.53.num.21.

42 Porque en tales Mayorazgos de agnacion, la calidad de masculinidad se entiende repetida en qualquiera substitucion que se aya omitido. D.Molin.d.cap.5.num.56. & 58. Vbi Additio. firmat esse verissimum, & num. 26. D. Ioan. Garc.de nobil.in divis.oper. num. 12. D. Valenç. d. cons. 113.num 33.& 34.

43 Y mas estando puesta la dicha calidad en los llamamientos antecedentes, y subsequentes. D. Larrea d. decis. 54.num.8.ibi: *Subsequentes substitutiones post eam, de qua dubitatur, & omnes antea adictæ semper requirunt masculos ex masculis, & ita intermedia substitutio eodem modo debet intelligi.*

44 Y mucho mas estando puesta, y requerida la masculinidad por regla general en este Mayorazgo.d.clausul. 8. in fin. tiene fuerza comprehensiva, y no repetitiva, vt sup. num. & D.Molin.sup.num.62. Y porque bastàra el estar despues llamadas las hembras en llamamiento separado, y discreto para no ser comprehēdidas en las dichas palabras, *hijos, y descendientes* de la dicha clausula quarta; ex l. cum in testam. §. Qui tres filios. ff. de hęred. inst. ex adductis sup. num. 24. & alijs per Barbosam de apellat. de ver. sig. appell. 99. num. 62.

45 Y esta inteligencia no solo es legitima, segun los Doctores referidos, sino expressa, y literal en este Mayorazgo, por palabras claras, y expressas de los fundadores: pues luego en la clausula quinta, hablando de los mismos hijos, y descendientes del dicho Melchor Maldonado primogenito (llamados en la clausula antecedente) poniendolos en condicion, dizen: *E no quedando de vos el dicho Melchor Maldonado nuestro hijo, hijos, ê descendientes legitimos varones.* Conque expressamente declararon, que en la clausula antecedente hablaron solo de los varones; ita Molin. d. cap. 5. num. 60. Mier. de Maior. 2. p. q. 6. à num. 42. Fussar. q. 403. num. 19.

46 Y es regular, que las clausulas se declaran, y entienden vnas por otras. l. qui filiabus ff. de leg. 1. Bart. in l. Centurio, num. 27. ff. de vulgar. Mantic. lib. 3. de coniectur. tit. 9. num. 3.

47 Y assi siendo Don Ioseph Maldonado nieto del dicho Don Melchor Maldonado, hijo de su hijo segundo, tiene expresso, y claro llamamiento en la clausula quinta, como se dirà abaxo num.

48 El segundo efecto que se sigue de ser este Mayorazgo de agnacion, y varonia, es que mientras huviere agnados varones estan excluidas las hembras, y no puede entrar, ni suceder alguna. Cap. 1. de eo qui sibi, & hęred. ibi: *Quia non*

patet

patet locus fœminæ in fœudi successione donec masculus superest ex eo, qui primo de hoc fœudo fuerit investitus. El qual texto aunque habla en feudo, procede en los Mayorazgos de agnacion. D. Molin. lib. 3. cap. 8. num. 9. & lib. 1. cap. 7. num. 1. Covar. lib. 3. cap. 5. num. 5. D. Solorç. de iur. Indiar. lib. 2. cap. 1. num. 80. & D. Valenç. d. consil. 113. num. 48. 49. & 50.

49 Y assi firman la conclusion referida D. Molin. d cap. 8. num. 9. & lib. 1. cap. 6. num. 38. Petr. de fideicom. q. 5. ex num. 9. Franc. Molin. de rit. nupt. lib. 3. cap. 24. num. 119. D. Larrea decis. 54. num. 20. & plurimis alijs D. Ioan. del Castill. lib. 2. controv. cap. 4. à num. 76. & tom. 5. cap. 93. §. 1. num 74.

50 Y procede la dicha conclusion indistinctamente, aunque los agnados varones sean de otras lineas, y esten en grados mas remotos, adhuc excluyen las hembras de la linea primogenita, o del vltimo posseedor, ex d. cap. 1. & Doctoribus sup. maximè Molin. & Valenç. ex num. 95. & seqq. & D. Castill. dict. cap. 4. num. 78. & seqq. & est textus in §. Cœterùm, instit. de leg. agnat. succes. ibi: *Cœterùm inter masculos quidem agnationis iure hæreditas etiam si longissimo gradu sint vltro citroque capitur, & addendi sunt* Bal. cons. 334. num. 7. vol. 3. & consil. 473. lib. 5. Anchar. cons. 359. Greg. Lop. in l. 3. tit. 13. p. 6. Gloss. magn. col. 7. vers. *Quid si ex dispositione.* Parlad. lib. 2. differ. q. 1. num. 5. & 11. Burg. de Paz in procem. ll. Tauri num. 123. vbi num. 125. in fin. sic sæpè iudicatum vidisse firmat Peregrin. de fideicom. artic. 27. num. 4. Fussar. q. 485. num. 109. & q. 346. Ant Gom in l. 40. Taur. num. 60. Avend. ibi Gloss. 9. num. 63. D. Ioan. Garc. de nobil. in divis. oper. num. 32. Add. ad Molina de primog. lib. 1. cap. 6. num. 38. Vbi quod hoc est verissimum in materia Maioratus, & lib. 3. cap. 8. num. 7. ibi: *Ex Cap. vni. de eo qui sibi, & hæred. præcitato ab authore num. 7. infert communis schola DD. quod si in Maioratu*

ratu agnationis ratio contemplata est per, prius succedere debent masculi ex masculis, deinde masculi ex fœminis, & per posterius ipsæ fœminæ.

51 Y la razon es clara, porque el suceder la hembra en el Mayorazgo de agnacion, repugna a la naturaleza, y conservacion del, porque en ella se acaba la agnacion. l. pronũtiatio. §. Familię. ff. de ver. sign. l. Iurisconsultus. ff. de gradib. D. Molin. lib. 3. cap. 5. num. 2.

52 Y vltimamente en estos Mayorazgos de agnacion no se sigue la linea substancial, y natural en que entran mugeres, sino la artificial de varonia. Bald. dict. consil. 473. num. 9. Mier. de Maior. 2. p. q. 6. num. 11. Avend. in d. l. 40. Taur. Gloss. 15. num. 40. & ex plurim. D. Ioan. del Castill. tom. 5. controv. cap. 93. num. 18. & seqq.

53 Y esta inteligencia no solo se deduce de la misma naturaleza del Mayorazgo de agnacion, como està visto, sino tambien es expressa en las palabras, y dispcsicion del nuestro, pues vemos en ella que siempre los fundadores translinean la sucesion del de vnas lineas, dexando en ellas las hembras, buscando, y llamando los varones de otras, y aun no conocidos, como se notò arriba num.

54 Y constituyeron linea general de varones, y que de vnos en otros sucediessen *hasta que se acabasse la linea de varones*, d. claus. 8. in fin. La qual dize el señor Molin. d. cap. 5. num. 65. que sola basta para prueba de ser Mayorazgo de agnacion, y quitar dudas, y pleytos.

PARTE SEGVNDA.

55 AVnque bastava lo dicho arriba para demonstracion de la justicia, y sucesion de Don Ioseph Maldonado en este Mayorazgo, con exclusion de las hijas del vltimo posseedor, por la naturaleza, y razon general de ser de agnacion; para mas evidencia se halla Don Ioseph en este caso

con

con expresso, y claro llamamiento en dos, ó tres clausulas.

56 La vna es, la clausula quinta, donde hablando con Melchor Maldonado primer llamado, dize: *E no quedando de vos hijos, é descendientes legitimos varones, suceda Francisco Maldonado nuestro hijo segundo, é sus hijos varones.* En la qual clausula, *No quedãdo de vos hijos, y descendientes varones*, està clara, y expressamente llamado Don Ioseph Maldonado, por ser nieto suyo, hijo de su segundo hijo. Y aunque los tales hijos, y descendientes fueron puestos en condicion en la dicha clausula, bastô para tenerse por llamados en esta materia de Mayorazgos. l. Lutius, in fin. ibi: *Non enim fratrem solum hæredem prætulit substitutis, sed & eius liberos.* ff. de hęred. instit. & ex plurimis D. Molin. lib. 1. de primog. cap. 6. nu. 1. & 2. vbi Addent. & D. Ioan. del Castill. tom 4. controv. cap. 9. num. 73.

57 Maximè, por averles puesto en la dicha condicion la calidad de varones, se induce della llamamiento. Mantic. de coniect. lib. 11. tit. 2. num. 5. & 6. Maresc. lib. 1. var. cap. 66. num. 6. Ant. Thes. decis. 96. num. 27. Menoch. de pręsum pt. lib. 6. præs. 76. num. Sperell. decis. 151. num. 17. Fussar. de substit. q. 437. num. 25. & 28. Cyriac. controv. 96. num. 59. Y mas hallandose tan repetida esta calidad de varones. Fussar. sup. num. 31.

58 Y aviendo llamado las hembras a falta de los varones. Menoch. sup. num. 34. Intrig. de substitut. cẽt. 3. q. 26. num. 54. Fussar. sup. num. 34.

59 Y tambien por averle añadido la calidad de legitimos, se deduce llamamiento. Menoch. sup. n. 60. Sperell. num. 20. Cyriac. sup. num. 59. Add. ad Molin. d. cap. 6. num. 1. & 2. Vbi *hanc esse potentissimam coniecturam vnationis, cui nihil opponi potest, & communiter receptam, & secundum eam iudicatum*, cum plurimis firmat.

60 Y que no admite duda alguna quando los fundadores son nobles, y los puestos en condicion son descendientes suyos,

ſuyos,lo dize la meſma Add.ad Molin.ex Ruſtic.Menoch. Seſſe,& alijs.

61 Y mas por averle impueſto la carga de conſervar el nombre,y armas.Fuſſar.ſup.num.35.& 77.

62 Y aver paſſado a muchos grados de ſubſtitucion.Fuſſar. ibi num.36.vbi num.44.*Rem eſſe expeditam, & indubitatam.*

63 Y es de notar,que todas las conjecturas referidas no ſolo inducen llamamiento de los hijos, y deſcendientes, ſino prueban la razon de conſervar la agnacion, y varonia, y porque la prueban inducen el llamamiento; vt per DD. maximè Fuſſar.ſup.

64 Y aſsi ſiempre que ay razon de conſervar la agnacion,ſe tienen por llamados los hijos pueſtos en condicion. DD. ſup.Fuſſar.à num.78.

65 Y por ſer eſta doctrina tã llana en eſte caſo, omito otras conjecturas que en èl concurren en favor del llamamiento,como ſon aver ſubſtituido a Franciſco Maldonado, hijo ſegundo,y ſus hijos varones.Fuſſar.ſup.num.83.

66 Y averſe dos vezes pueſto en condicion. Fuſſar. ibi num.101.

67 Y aver con ellos pueſto los deſcendientes, es viſto llamar vnos,y otros.Fuſſar.ibi num.113.

68 Y por aver querido perpetuamente proveer a ſus deſcẽdientes.Fuſſar.ibi num.114.& alijs.

69 Y en concluſion,lo meſmo es averlos llamado poniendolos en condicion,que ſi diſpoſitivamente fueſſen llamados.Mantic.de coniect.lib.7.tit.5.num.2.verſ. *Et quidem.* Pereg.de fideicom.art.12.num.71.Menoch.lib.4.de præſ. preſ.62.num. 59.& ex alijs plurimis Fuſſar. quæſt. 441. num.18.

70 Y de paſſo,para quitar tinieblas,y obſcuridades, ſe repare,que no ſe puede dezir,que aquella condicion. *E no quedando de vos hijos,é deſcendientes varones*; faltô por auer

Melchor

Melchor Maldonado dexado hijo varon quando murio, porque demas de que esto solo haria contra la substitucion de Francisco Maldonado, y sus hijos: lo cierto es, que la dicha condicion en los Mayorazgos tiene tracto succesivo, y en qualquier tiempo que falten los hijos, y descendientes varones se cumple, y verifica; ex adductis infra num. 87. & seqq. Y en esta condicion es mas fuera de duda, por aver añadido, *E descendientes varones*, que es ampliativa, y denota mas el tracto succesivo. l. ea tamẽ. ff. de leg. & in terminis Bart. in l. Centurio num. 37. ff. de vulg. Franc. de Pont. consil. 47. num. 2. lib. 1. Rustic. de lib. incom. pos. lib. 4. cap. 2. num. 56. Præt. de interp. vlt. vo. interp. 3. dub. 3. solu. fin. num. 11. Crass. §. Fideicommissum, num. 6. Thesaur. decis. 270. num. 29. Rota novissima decis. 213. num. 5. p. 4. Y tambien porque en la dicha clausula, la condicion no se limitô al tiempo de la muerte, ni otro determinado, sino dixo, *No quedando de vos*. Y assi en qualquier tiempo que se verifique, basta, ex plurimis Fussar. q. 480. num. 72. & 90. D. Ioan. del Castillo tom. 5. cap. 89. ex num. 55. & seqq.

71 Siguese tambien de la dicha clausula quinta, y condicion: *E no quedando de vos hijos, y descendientes varones, &c.* que no solo por ella quedaron llamados, sino reciproca, y succesivamente substituidos vnos a otros: y esto por muchas razones que concurren en este caso, como son el ser este Mayorazgo de agnacion. Rot. apud Farin. decis. 320. num. 18. & 361. num. 13. p. 1. & plurimis Fussar. de subst. q. 441. num. 20.

72 Y el aver llamado despues dellos a otro hijo varon, y a sus hijos varones. Fussar. ibi num. 24.

73 Y el aver a estos tambien, y a otros puestolos en condicion con la mesma calidad de varones. Fussar. ibi num. 26.

74 Y el aver a falta de los varones llamado a las hembras. Fussar. sup. num. 27.

75 Y el aver dicho la fundacion que sucediessen de vnos en

 otros

otros hasta que se acabasse la linea de varones. Fussar. ibi num. 31.

76 Y el aver puesto la carga de llevar el nombre, y armas, no solo los dichos hijos, y descendientes, sino los otros a ellos substituidos. Fussar. ibi num. 32.

77 Y el aver prohibido la enagenacion de los bienes para que se conservassen en la familia. Fussar. ibi num. 33.

78 Y aver puesto en la condicion no solo los hijos, sino los descendientes varones; ex plurimis Fussar. sup. num. 35.

79 Y porque si no se diera reciproca substitucion entre los descendientes varones, se seguiria el absurdo de quererlos excluir las hembras, como en este caso sucede; ex Cravet. cons. 103. num. 3. & cons. 130. Ant. Gabr. de subst. concl. 1. num. 30. Alex. Tren. eod. tract. p. 5. cap. 2. num. 9. Fussar. sup. num. 44. & 45.

80 Y por aver en este Mayorazgo fecho muchos grados de substitucion con la mesma condicion. Rustic. de liber. in condit. posit. lib. 5. cap. 9. num. 9. vbi testatur esse communem opinionem, Simon de Præt. de interp. vlt. vol. fol. 300. num. 8. Rot. penes Farin. decis. 320, num. 18. & seqq. p. 1. & decis. 344. num. 16. & seqq. p. 2. & ex alijs Fussar. sup. num. 50.

81 Y finalmente por aver los fundadores en este Mayorazgo querido induzir perpetuo fideicommisso, y proveer a sus descendientes varones agnados en primer lugar, resulta de hallarse puestos en la dicha condicion, no solo el estar llamados collectivê, sino tambien substituidos successivamente vnos a otros, ex Ias. Alex. Casan. Cravet. Menoch. Pereg. Socin. Marzar. & alijs Fussar. d. q. 441. num. 52. & 53.

82 De que tambien se sigue, que se tiene por proprio, y especial llamamiento de cada vno el que resulta de la dicha substitucion collectiva, y lineal; porque quantas personas comprehende, tantas substituciones especiales resultan de

E

ella;

ella;ex D. Molin. & Gutier. D. Ioan. del Castill. tom. 5. controv. cap. 129. num. 20. Y se reputan como si por especial, y proprio nombre de cada vno fuessen hechas. l. 2. ff. de lib. & post. l. nominatim. ff. de iniusto rup. l. 3. tit. 7. p. 6. & cum multis D. Ioan. del Castill. sup. num. 22.

83 Estando pues por la dicha clausula quinta llamados collectivè los hijos, y descendientes varones de Melchor Maldonado, primer llamado, y que luego se passa a otros llamamientos, y grados de substitucion: se manifiesta, que el primer grado es de todos los hijos, y descendientes varones de Melchor Maldonado. Y a falta dellos el segundo grado es de Francisco Maldonado, hijo segundo de los fundadores, y los hijos varones del. Y en tercero grado de substitucion, segun la clausula octava, entra otro qualquier hijo varon que tuviessen los fundadores, y los hijos varones del. Y en quarto grado de substitucion, segun la clausula sexta, entran las hembras, començando por la hija mayor del dicho primogenito, y los hijos, o hijas q̃ de ella q̃daren.

84 De que se sigue con evidencia, que las hembras vienen a estar substituidas, no solo a los varones immediatos del tercero grado, sino tambien a los del segundo, y primer grado; conque si no es a falta de vnos, y otros no entra la substitucion de la hembra. l. si Titius. l. Cohæred. in princ. & vtrobique DD. ff. de vulg. & pupil. l. quandiu institutus. ff. de acquir. hæred. vbi Bart. Ias. cons. 242. num. 15. lib. 2. vbi dicit, *Facere magnum capitale in hoc fundamento.* Fussar. de subst. q. 469. num 97.

85 Y se ajusta aqui lo que en estos terminos dize la Rota, que es indubitable decis. 374. p. 1. *Quod tunc fæminæ posteriori loco substitutæ excluduntur à quacumque substitutione antecedenti.* D. Larr. decis. 54. num. 17.

86 Y assi estãdo D. Ioseph Maldonado incluido en el dicho primer grado de substitucion, por ser nieto del dicho Melchor Maldonado primer hijo de su hijo segũdo, se manifies-

ta

ta que alli tiene su llamamiento expresso, y claro, quan anterior, y precipuo es a el de las hembras.

87 Y tambien es de notar en la dicha clausula sexta, que a falta de los hijos, y descendientes varones del dicho Francisco Maldonado, no dize que sucedan las hijas del vltimo posseedor, si no las excluye expressamente diziendo: Que aunque las tenga, retroceda, o torne el Mayorazgo a las hijas del dicho Melchor Maldonado primogenito, y los hijos varones dellas.

88 De que se deducen tres cosas innegables. La vna, que estas hijas de Melchor Maldonado no estavan incluidas en los llamamientos antecedentes: pues dize esta clausula, *Torne, &c.* y porque aora entran con llamamiento separado, y discreto; ex adductis sup. num. 24. & August. Barbos. de appell. ver. sig. appel. 99. num. 62.

La segunda, que por esta clausula, y disposicion de este Mayorazgo se prefieren estas, y sus hijos varones a las hijas del vltimo posseedor; vt post longam disputationem observat Castill. lib. 5. controv. cap. 92. num. 19.

89 La tercera, que bastàra que el dicho Don Ioseph Maldonado fuera hijo de vna hija del primer llamado, para preferirse a las de Don Diego Bernardino, vltimo posseedor, segun la dicha clausula sexta.

90 La otra clausula en favor de Don Ioseph Maldonado, es la quinze, que es la misma en que la parte de las hijas de Don Diego Barnardino parece apoya su pretension; y cierto que bastàra solo esta clausula para excluirla, y fundar el llamamiento, y derecho de D. Ioseph en este caso: pues dize esta clausula: *Si el que vos* (hablando con Melchor Maldonado primero nombrado) *nombrares falleciere sin dexar hijo varon legitimo, en tal caso, aunque tenga hijas legitimas, é del quedaren, buelva, é se torne este Mayorazgo a otro hermano varon legitimo del tal nombrado, é goze del durante su vida, y despues su hijo varon legitimo que dexare;*

re;

re; y no dexando varon legitimo, venga, y suceda en este mayorazgo la hija mayor de su antecessor.

91 Considerada bien esta clausula admite tres ponderaciones, que todas son en favor de Don Ioseph Maldonado, y ninguna en favor de las hijas de Don Diego Barnardino.

92 La primera es literal, esto es, que si el hijo nombrado (o si no el mayor, conforme a la clausula quarta) que fue Don Iuan Maldonado (segun el Arbol presentado en los autos) muriere sin hijo varon (en que se comprehende el nieto, o bisnieto varon. Molin. lib. 1. de primog. cap. 6. num. 21. 28. & 29. vbi Add. & lib. 3. cap. 6. num. 29. Maximè in Maioratu agnationis. Ant. de Amat. ref. 2. ex num. 68.) como aora sucederà no quedandole bisnieto varon, aunque dexe hijas, no sucedan ellas, sino se buelva, y torne este Mayorazgo al otro hermano del tal Don Iuan, que fue Don Melchor Maldonado, y despues a su hijo varon, que es el dicho Don Ioseph Maldonado; conque claramente le ajusta este sentido literal, y haze serlo su llamamiento en este caso.

93 Y si se dixere, que ya Don Iuan Maldonado murio con hijo varon, y que assi faltò aquella condicion, *Si falleciere sin dexar hijo varon legitimo*, debaxo de que fue substituido su hermano Melchor Maldonado, y su hijo Don Ioseph, segun la doctrina de Oldran. en su consejo 21.

94 Se responde, y deve advertir, que la dicha doctrina, y consejo no procede en esta materia de Mayorazgos, porque en ella la dicha condicion tiene trato succesivo: y assi aunque Don Iuan al tiempo de su muerte dexasse hijo, y nieto varones, en qualquier tiempo que estos falten despues, se cumple la dicha condicion, y entra la substitucion de su hermano segundo, y de su hijo Don Ioseph Maldonado. Sic D. Molin. lib. 1. de primog. cap. 6. num. 16. & 18. & 19. vbi Add. d. num. 17. in fin. concluye, *Que assi lo ha juzgado muchas vezes el Consejo Real, y la practica comũ*

 la

lo observa.Pelaez de Maior.2.p.q.11.num.4.& seqq.& q.12.vers.*Tertius*.Flor.de Men.in Add.ad Gam.decis.224. Menoch.lib.4.de præs.præs.69 num.15.Cyriac.controv. 281.num.60.& 61.& ex alijs plurimis D.Ioan.del Castill. tom.5.controv.cap.89.ex num.30.

95 Y esto procede con mas fuerza en este Mayorazgo de agnacion.Menoch.sup.Mant.decis.375.num.7.Maresc. lib.1.var.cap.45.num.10.& 11.Gratian.discept.487.à num.10.Fussar.de subst.q.390.à num.2.D.Ioan.del Castill. sup.num.49.

96 Y por la mesma razon quando estàn excluidos los Clerigos,y Religiosos,y ay puesto el gravamen de llevar el nombre,y armas,la dicha condicion tiene tracto succesivo,y no procede la dicha doctrina,y consejo de Oldrando. DD.sup.& Casan.cons.20.num.37.Ioseph Rust.ad l.cum avus,lib.4.cap.2.num.33.latisimè D.Ioan.del Castill.sup. num.65.& 66.Sperel.decis.151.à num.12.

97 La segunda ponderacion de la dicha clausula quinze es,si se considera que ya passò este Mayorazgo del caso literal della,por aver passado a Don Diego Bernardino, nieto del dicho Don Iuan,y quarto,y vltimo posseedor del; y que muriendo sin hijo varon,la dicha clausula le substituye,y llama al hermano varon que tuviesse el dicho Don Diego Bernardino,y que asi no comprehende esta substitucion a el dicho Don Ioseph,pues no es su hermano, sino su tio segundo:y porque en las substituciones no se puede hazer extension de persona a persona.

98 Se deve advertir,que esta ponderacion procedia si Don Diego Bernardino tuviera hermano varon,que este excluiria a el dicho Don Ioseph Maldonado: pero no teniendo tal hermano varon,ni hijo del, no està excluido Don Ioseph,sino antes incluido,segun el sentido literal de la ponderacion antecedente.

99 Y porque si en esta segunda ponderacion el quedar excluido

cluido Don Ioseph, era por la inclusion, y prelacion del hermano varon del vltimo posseedor, faltando tal hermano, y con êl la causa de la exclusion, deve cessar esta, y sucede el dicho Don Ioseph; ex tradditis per Molin. lib. 1. de primog. cap. 6. num. 22. vbi Add. subijcit, *Hæc sententia in Maioratibus Hispaniæ verior; & receptior est; & sic vidimus practicari.*

100 Y porque quando Don Ioseph Maldonado no estuviera incluido en el llamamiento de la dicha clausula quinze, como lo està en su sentido literal, por lo menos no hallandose excluido expressamente en este caso de no tener Don Diego Bernardino hermano varon, ni hijo del tal hermano, es cosa llana que no le quitava el llamamiento que por otras clausulas generales, y especiales tiene.

101 Tum, porque no se deve entender que los fundadores se corrigieron, y mudaron su voluntad, y lo que dexavan dispuesto maximè en la mesma disposicion. l. eum qui. ff. de probat. & satis in proposito. D. Ioan. del Castill. tom. 2. controv. cap. 4. num. 18. ibi: *Ex quo testator in principio testamenti, & in prima vocatione masculos prædilexit fœminas excludendo, censetur esse postea in alijs vocationibus eiusdem voluntatis.*

102 Tum, porque el caso omitido en esta clausula; se deve determinar por otras. l. si servus. §. fin. l. qui filiabus. ff. de leg. 1. Fussar. de substit. q. 736. num. 6. & 7.

103 O segun la naturaleza deste Mayorazgo de agnacion, excluyendo las hembras mientras ay varones, ad l. si in vno loco. ff. de prescrip. verb. Gloss. in l. si eas causas. ff. de condit. & demonstr. §. Preterea, ibi: *Secundum cuiusque rei, de qua actum est naturam*, instit. de action. Alex. Rav. de analog. & vniu. lib. 1. cap. 2. num. 16. latè D. Ioan. del Castill. tom. 5. controv. cap. 86. à num. 3. & cap. 87. à nu. 2. & tom. 5. cap. 131. num. 20.

104 Tum, porque no se puede tener por omitido este caso quando

quando està comprehendido en la regla general, y substitucion collectiva, y literal de varones vnos en otros puesta por los fundadores; ex dictis sup. num. 32. & 35. & Mantic. de coniect. lib. 3. tit. 19. num. 8. vers. *Sed hoc*, & vers. *Secundo est*.

105 Et casus veniens ex natura expressi censetur expressus licet verbis specificè provisus non sit, ex Bart. & alijs Molin. lib. 1. de primog. cap. 4. num. 21. Sperell. decis. 152. num. 88.

106 Tum, porque si fuera necessario en este caso extenderse la substitucion fecha del hermano del vltimo posseedor, por no averlo, se devia extender a la persona del tio; ex verisimili mente de los fundadores, por militar la mesma razon en el vno, que en el otro, de conservar la agnacion, ex Argel. & alijs D. Molin. lib. 1. de primog. cap. 4. num. 25. & lib. 3. cap. 5. num. 5. & 22. Ioan. Garc. de nobil. in divis. oper. num. 46. & 48. Sperell. decis. 152. num. 7. & ex plurimis D. Ioan. del Castill. tom. 5. cap. 181. num. 11. & 20. Fussar. q. 389. num. 5.

107 Y quando ay la mesma razon, no es extension, sino inclusion, y comprehension. Ioan. Garc. sup. num. 48. Sperell. num. 73. D. Ioan. del Castil. tom. 2. controvers. cap. 22. num. 95.

108 Tum, porque no se hiziesse illussoria la disposicion de los fundadores de conservar su agnacion, se devia hazer la extension. Sperel. sup. num. 67. Fussar. q. 458. num. 29.

109 Como tambien quando si no se hiziesse, serian de mejor condicion, y preferidas las hembras menos amadas que el agnado varon (como en este caso) D. Molin. lib. 3. cap. 5. num. 23. 24. & 51. Fussar. sup. num. 24.

110 Y esto procede mas sin duda siendo Don Ioseph Maldonado agnado descendiente de Melchor Maldonado, primer llamado, y de su linea contentiva. D. Molin. dict. num. 24.

La

111 La tercera ponderacion de la dicha claufula quinze junta la treinta y cinco, es, que fupuefto que difpone que en cafo que el vltimo poffeedor no dexare hijo varon, ni fu hermano lo dexàre, aunque el vltimo poffeedor dexe hijas, no han de fuceder ellas, fino torne el Mayorazgo a las hijas de fu anteceffor: fe deducen dos cofas.

112 La vna, que en efte cafo las hijas de Don Diego Bernardino, que es el vltimo poffeedor, no folo no eftân incluidas en el llamamiento defta claufula, fino antes en ella tienen expreffa exclufion: y afsi les obfta efta claufula, y el objecto comun, y vfado de los Doctores en efta materia. *Subftitutio de non loquitur, & qui nititur ex ea concludenter fe inclufum probare debet*; ex plurimis D. Ioan. del Caftil. lib. 4. contr. cap. 14. num. 6.

113 La fegunda, que fupuefto que las hijas del vltimo poffeedor fon excluidas por las hijas del anteceffor, que fon de linea tranfverfal, y feminea: luego mucho mas las excluirà Don Iofeph Maldonado, varon de la linea mafculina. Tum por fer efta predilecta, y preferida fiempre a la de las hembras, como confta de todo el tenor, y ferie de la fundacion, y pruebas defte difcurfo: y baftava la claufula octava in fin. ibi: *Y por efta via, y orden fucedan todos los otros nueftros hijos varones que de nofotros quedaren de vno en otro hafta que fea excluida toda la linea de los varones.* Donde fe deven notar las palabras, *Todos los otros*, que es repetitiva fimilium precedent. fub eadem forma, & qualitatè. Ioan. Garc. de nobil. in div. oper. nu. 57. D. Ioan. del Caftil. tom. 5. cap. 181. num. 43. Y la palabra, *Toda la linea*, que fon vniverfales.

114 Y la claufula nona, ibi: *Y defpues de excluida la dicha linea de varones, y fus defcendientes.*

115 Y la claufula veinte y fiete, ibi: *E faltando varones, lo que Dios no quiera, é fucediendo muger.* Claufulas que demas de fer tan claras, por fer repetidas, tienen mas fuerza, y

 quitan

quitan toda duda, y controversia, ad l. Ballista. ff. ad Trebell. D. Ioan. del Castill. tom. 4. controv. cap. 52. à princ. vbi num. 10. & 11. *Quod habent maiorem emphasim, & virtutem, & præcisam, & exuberantem voluntatem inducunt.*

116 Tum, porque la exclusion de las hijas del vltimo posseedor, puesta en la dicha clausula quinze, quando no huviera las dichas clausulas tan expressas, si fuera necessario extenderla de vn caso a otro, se devia extender en este, por la mayor razon de conservar la agnacion, y que no se siguiera el absurdo de quebrantarla, y hazer illussoria la voluntad de los fundadores, y que las hijas del vltimo posseedor que menos amaron, fuessen preferidas; ex adductis sup. nu. 104. & 106. & D. Molin. lib. 3. cap. 5. num. 51. & 54. Y no fuera extencion, sino inllusion, ex dictis sup. num. 102.

117 Tum, porque el llamamiento que en la dicha clausula quinze se haze de las hijas del antecessor, es evidente que se ha de entender faltando toda la linea de los varones, conforme a las dichas clausulas octava, nueve, y veinte y siete antecedentes, y debaxo de la suposicion dellas. D. Ioan. del Castill. lib. 4. controv. cap. 50. num. 11. ibi: *Inde est quod substitutiones subsequentes censentur factæ retento themate, & forma substitutionis antecedentis*; ex Nat. Gabr. Menoch. Peregr. & Petr. ab eo adductis.

118 Tum, por evitar la contrariedad dellas. Dec. consl. 38. num. 4. & consl. 391. num. 6. O la correccion, o mutacion de voluntad, *Nam quod non mutatur, cur stare prohibetur?* l. sancimus, Cod. de testam. l. alumnę. §. Qui filias, in fin. ff. de adim. leg.

119 Maximè, en la mesma disposicion, y fundacion. l. non ad ea. ff. de cond. & demonst. Alex. consl. 47. num. 18. vol. 1. & alijs Cardin. Mant. lib. 12. de coniect. tit. 1. num. 2. D. Ioan. del Castil. d. lib. 4. cap. 37. à princ.

120 Y principalmente, porque no se puede entender que quieren subvertir con aquel solo llamamiento de las hijas

del

del antecessor, toda su disposicion de conservar la agnaciõ, y varonia, manifestada en toda la fundacion tan de proposito, y con tantas clausulas, y deliberacion, ad l. 3. ff. de milit. test. Afflict. decis. 44. num. 25. Mant. sup. lib. 3. tit. 2. num. 12. Fussar. de subst. q. 736. num. 7. ibi: *At hic resultaret maxima absurditas, quod testator voluerit destruere praecedentem substitutionem perpetuam fauore masculorum, & sic quodammodo se corrigere.*

121 Tum, porque lo dicho se haze mas evidente, considerado que en las clausulas sexta, y octava, las hijas de Melchor Maldonado predilecto, y primer llamado, y en las que comiença el llamamiento, y linea de las hembras, no son llamadas, sino a falta de todos los varones agnados, no solo de la linea contentiva del dicho primer llamado, de que es el dicho Don Ioseph, sino tambien a falta de los varones de las lineas de los hermanos transversales: luego mucho mas despues de los de la dicha linea contentiva del dicho primogenito, se han de entender llamadas en la dicha clausula quinze las hijas del antecessor, en quien acaba el llamamiento de las hembras; ex l. si viua mater. C. de bon. mater. l. Publius, in fin. ff. de condit. & demonst. & cum Molin. Pelaez, Baeç. Menoch. & alijs D. Ioan. del Castil. lib. 2. controver. cap. 4. num. 15. & seqq. D. Valenç. consi. 113. num. 36. & 39.

122 Tandem el derecho de Don Ioseph Maldonado se cõprueba, y haze mas claro en este caso: porque la exclusion de su padre, y suya, que fue el hijo segundo del dicho Melchor Maldonado primer llamado, solo tiene fuerza, y puede durar mientras dura la causa de su exclusion, que fue el dicho Don Iuan Maldonado, primogenito, y sus descendientes varones que son de la linea efectiva del, y en faltando ellos, claro està que cessa la causa de exclusion del dicho hijo segundo, y de su hijo varon, que es Don Ioseph, y que ha de entrar con su linea de varones en lugar de la primo-

genita,

genita, ex doctr. Bald. in l. cum. antiquioribus num. 18. C. de iur. delib. D. Molin. lib. 1. de primog. cap. 6. num. 22. & lib 3. cap. 5. num. 72. Gutier. lib. 2. canonic. cap. 14. num. 51. & seqq. D. Ioan. del Castil. lib. 5. cap. 93. num. 8. vers. *Quinta*, & §. 1. ex num. 30. & 47. D. Valenç. cons. 113. num. 62. & seqq. maximè 65. & Add. ad Molin. d. cap. 6. num. 22. *Vbi ex plurimis ita esse receptum, & practicari in maioratibus firmat.*

123 Ex quibus omnibus facilmente quedan excluidos los fundamentos contrarios, y para mas claridad, y satisfacion se responde aqui a cada vno.

Que no obsta el primero, de que la linea primogenita natural ha de ser preferida, y seguir, y evacuar primero que se passe a otra linea. Porque esto no procede quando la voluntad del fundador està en contrario. D. Molin. lib. 3. de primog. cap. 9. num. 20. vbi & Add. D. Ioan. del Castil. lib. 5. cap. 92. num. 33.

124 Y en especial quando ay linea qualificada de masculinidad (como en este caso) que esta es la que se ha de seguir y evacuar primero que se passe a la linea de hembras; ex adductis sup. num. 51. & seqq. Castil. sup. cap. 93. num. 18. & alijs D. Larr. decis. 54. num. 20.

125. Ni obsta el segundo deducido de las palabras, *hijos*, *y descendientes legitimos*, de la clausula tercera: porque luego en la clausula quarta, poniendo los mismos hijos, y descendientes en condicion, añadio *varones*; conque aquella clausula se ha de entender por esta; ex dictis sup. num. 44.

126. Y porque de otra suerte se daria contrariedad entre ellas, pues faltando varones descendientes de Melchor Maldonado primogenito, sus hijas, o nietas podrian pedir la sucessión por la dicha clausula tercera: y Francisco Maldonado hijo segundo, y substituido la podria pedir tambien por la clausula quarta. Y por evitar dicha contradicion, las dichas palabras *hijos, y descendientes* no pueden

com-

comprehender las hembras. Fussar. q. 311. num. 78. & 81. Mantic. lib. 3. de coniect. tit. 5. num. fin. Barbos. de appell. verb. signif. appell. 29. num. 67.

127 Y porque tampoco las comprehenden en los Mayorazgos de agnacion; ex dictis sup. num. 40.

128 Y tampoco quando dellas se hizo separado llamamiento, vt sup. num. 34.

129 Ni quando despues de las dichas palabras ay muchos grados de substitucion de varones, como en este caso. Menoch. lib. 4. præs. 35. nu. 22. & seqq. Fussar. sup. num. 97. D. Ioan. del Castill. lib. 5. controv. cap. 66. num. 4. in fin.

130 Y mucho menos quando despues dellos estan substituidas, y llamadas las hijas del dicho Melchor Maldonado, y descendientes dellas; ex Prætis, Menoch. Pereg. Thesaur. Surd. Fussar. q. 402. num. 108.

131 Y tampoco las comprehende quando si los comprehendiera fueran de mejor condicion las hembras mas remotas que las hijas de los fundadores, o de su primogenito, como en este caso. Peregr. de fideicom. art. 25. num. 43. Barbos. sup. 63. Cyriac. contr. 144. num. 33. D. Larr. ex multis decis. 53. num. 9. vbi *ita pluries esse iudicatum*.

132 Ni obsta lo tercero de la l. 13. tit. 7. lib. 5. Recop. que es la Pragmatica de cinco de Abril de 1625. que requiere expressa, y literal exclusion de las hembras. Porque se responde lo primero, que esta ley no procede en este Mayorazgo, que estava fundado mucho antes de la promulgacion de ella, sino en los que despues della se fundassen, como consta de sus mesmas palabras, ibi: *Que de aqui adelante se fundarē*: y en terminos lo nota, y observa D. Ioan. del Castill. tom. 4. controv. cap. 56. num. 100.

133 Conque en este Mayorazgo que estava antes fundado, bastavan conjecturas claras, y evidentes para inducir agnacion, y exclusion de las hembras, ex adduct. per Lar. de vit. hom. ex num. 89. Mier. de Maior. 2. p. q. 6. num. 9. vbi, *quod*

consuetudine totius Hispaniæ esse receptissimum.

134 Lo segundo, porque aunque fuera fundado este Mayorazgo despues de la dicha ley, por ser claramente de agnacion, mientras huviere varones, se halla en èl expressa, y literal exclusion de las hembras, fundada en las mismas palabras de los fundadores, y regla general que constituyeron de linea de varones, como queda visto, y probado en todo este discurso, & præcipuè num. 28. & 32. & seq.

135 Ni obsta lo que se dize de contrario, que la prelacion de los varones se deve entender estando en la misma linea, y grado que las hembras. Porque esso se entiende, y procede en los Mayorazgos regulares, pero no en los de agnacion, o masculinidad, en que no se mira el grado, y linea natural sino la calidad del sexo, ex adductis sup. num. 48. & 49. & per D. Valenç. d. cons. 113. num. 102. & seqq.

136 Ni obsta el quarto del argumento à contrario sensu, sacado de la clausula quinze, y treinta y cinco, donde en caso de no dexar el vltimo posseedor hijo varon, llama a su hermano, o sobrino. Porque se responde, que este argumento se deve sacar extrictamente ad limites verborum decis. l. pecuniam. num. 3. ff. si cert. pet. Barbos. de loc. com. loc. 27. num. 2. & 3. Greg. decis. 291. num. 8.

137 Y en este caso derechamente no se sigue; llamô a el hermano, luego quando no lo ay excluyô a el tio. Dec. cons. 386. num. 4. Barbos. sup.

138 Lo segundo se responde, que no procede dicho argumento contra lo que por otras clausulas de la fundacion quedava dispuesto. Mantic. lib. 12. de coniect. tit. 1. num. 3. Barbos. sup. num. 31. Fussar. de subst. q. 720. num. 11. & 736. num. 6. & 7.

139 Ni aun procede quando solo ay voluntad verisimil del testador en contrario, ex Alex. & Tusch. Barbos. sup. nu. 19.

140 Ni quando ay la mesma razon en el sentido contrario, como la ay en este caso de conservar la agnacion. Barbos. sup. num. 27.

Y

141 Y vltimamente no obsta dezir, que la substitucion de la dicha clausula quinze, fecha en el hermano del vltimo posseedor, no se puede extender de su persona a la del tio: porque en este caso no es necessaria extension, por estar el tio incluido, no solo en los llamamientos antecedentes de los hijos, y descendientes varones del dicho Melchor Maldonado, primero llamado, vt sup. num. 32. & seq.

142 Sino tambien en el sentido literal de la misma clausula, vt sup. num. 103. & 104. & seqq.

143 Y porque quando fuera necessaria extension en este caso, se devia hazer por conservar la agnacion, y voluntad de los fundadores; ex tradditis sup. num. 104. & seq.

144 Y finalmente las dichas clausulas quinze, y treinta y cinco, no incluyen, sino antes excluyen las hijas del vltimo posseedor, como queda ponderado sup. num. 112. & 13.

Por todo lo qual es bien claro, y evidente el derecho de Don Ioseph Maldonado en este caso. Et ita iudicandum speramus. Salvo, &c. Cadiz, y Septiembre 6. de 1662.

Doct. D. Roberto Ramirez de Barrientos.